

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA | PENAL**Acórdão**

Processo

Data do documento

Relator

2699/07-1

1 de julho de 2008

Guilhermina De Freitas

DESCRITORES

Alcoolímetros > Margem de erro

SUMÁRIO

Tendo sido utilizado na medição da taxa de alcoolemia apresentada pelo arguido um aparelho devidamente aprovado, não compete ao julgador fazer qualquer ajustamento do resultado obtido no teste.

TEXTO INTEGRAL**Em audiência, acordam os Juízes na Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora****I. Relatório**

1. - Nos autos de Processo Abreviado que, com nº ... corre termos no Tribunal Judicial da Comarca de ..., foi julgado **A.** ..., a quem o MP imputara a prática, em autoria material, de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez, p. e p. pelo art. 292º, nº 1, do Cód. Penal;

2. - Realizada audiência de discussão e julgamento foi o arguido condenado como autor de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez p. e p. pelos art.s 292º e 69º, do C.Penal, na pena principal de 75 (setenta e cinco) dias de multa, à razão diária de € 5 (cinco euros), o que perfaz o montante global de € 375 (trezentos e setenta e cinco euros) e na pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados pelo período de 6 (seis) meses - art. 69º, nº 1, alínea a), do Cód. Penal;

3. - Inconformado, **recorreu o MP** formulando as seguintes

« **conclusões**

- Para divergir do valor da taxa de álcool no sangue indicado pelo aparelho DRAGER, modelo 7110 MKIII P, ARTL-0081, o Mmo. Juiz louvou-se em directiva constante dum despacho do Sr. Director Geral de Viação, de Julho de 2006.

- Contudo, é o Instituto Português da Qualidade - e não a Direcção-Geral de Viação, enquanto gestor e coordenador do Sistema Português de Qualidade, que, a nível nacional, garante a observância dos princípios e das regras que disciplinam a normalização, a certificação e a metrologia, incluindo relativamente aos aparelhos para exame de pesquisa de álcool nos condutores de veículos.

- Acresce que esse despacho se baseia na Portaria nº 748/94 de 13 de Agosto, que surgiu na sequência do Decreto Regulamentar nº 12/90 de 14 de Maio, o qual foi revogado pelo Decreto Regulamentar nº 24/98 de 30 de Outubro, tendo, então, aquela portaria caducado por falta de objecto.

- Como em nenhum dos diplomas em vigor se encontram referências a possíveis margens de erro dos alcoolímetros, estava vedado ao tribunal a quo corrigir automaticamente a taxa de álcool no sangue apurada pelo dito aparelho, restando-lhe, se tivesse surgido alguma dúvida sobre a fiabilidade daquele valor - o que não sucedeu -, a realização de novo exame, por aparelho igualmente aprovado ou mediante análise ao sangue.

- A solução final não diverge ainda que se admita que a Portaria n.º 748/94 de 13 de Agosto não caducou.
 - Assim, as margens de erro previstas nessa portaria são apenas atendíveis aquando da aprovação do modelo e das verificações dos alcoolímetros e não no momento da atenção do resultado do exame
 - Deste modo, mesmo aceitando a vigência da Portaria nº 748/94, inexistente fundamento legal para que o julgador, oficiosamente e na ausência de quaisquer elementos de prova que a sustentem, proceda à correcção da taxa de álcool no sangue apurada pelos alcoolímetros aprovados e verificados.
 - Se o legislador fixou limites quantitativos a partir dos quais a Ingestão de álcool assume relevância contraordenacional ou criminal e considerou que os aparelhos "aprovados para o efeito" garantem a fidedignidade do resultado obtido através do exame de pesquisa de álcool no ar expirado, isso só pode significar que não ignorando a incerteza associada à medição por tais aparelhos, a considerou ultrapassada pelos procedimentos de aprovação e verificação a que os mesmos estão sujeitos.
 - Logo, não pode estar aqui em causa a aplicação do princípio in dubio pro reo, porque face à aprovação e às verificações a que são submetidos os alcoolímetros e na ausência de outros dados objectivos donde possa inferir-se a falta de fiabilidade dos resultados por eles facultados, os mesmos não são passíveis de gerar dúvida ao julgador.
 - Não tendo sido suscitadas quaisquer dúvidas quanto à aprovação e verificações do aparelho em causa nos autos (DRAGER, modelo 7110 MKIII P, ARTL-0081), nem quanto ao respectivo funcionamento, a taxa de álcool no sangue a considerar devia ter sido de 2,39 g/l e, por conseguinte, as penas - principal e acessória - deviam ter sido mais gravosas.
- (...) »

4. - Notificado para o efeito, o **arguido** apresentou a sua resposta pugnando

pela manutenção da decisão recorrida.

5.- Nesta Relação, o senhor magistrado do MP apresentou o seu Parecer, onde conclui pela total procedência do recurso.

6. - Notificado da junção daquele parecer, o arguido nada veio dizer.

7. - A decisão recorrida (transcrição parcial)

« II - A) Dos Factos

Realizada a audiência de julgamento, o tribunal considera **provados**, com interesse para a decisão da causa, **os seguintes factos**:

1. No dia 15 de Agosto de 2006, pelas 5h42m, o arguido A. ... conduzia o veículo automóvel ligeiro de mercadorias com a matrícula "" pela Rua 5 de Outubro, nesta vila de ...;

2. Nessas circunstâncias de tempo e lugar o arguido foi submetido a exame ao ar expirado de pesquisa de álcool no sangue, através de aparelho próprio, tendo apresentado uma taxa de álcool no sangue (TAS) de 2,39 g/l, a que corresponde a TAS de 2,03 g/l, deduzido o valor de erro máximo admissível;

3. O arguido apresentava tal TAS em virtude de em momento anterior ao da condução ter voluntariamente ingerido bebidas alcoólicas;

4. O arguido conduzia o veículo de forma voluntária, livre e consciente, tendo noção que anteriormente havia ingerido bebidas alcoólicas que lhe determinavam uma TAS superior a 1,2 g/l;

5. O arguido sabia que a sua conduta era proibida por lei penal;
6. É empregado de balcão, trabalhando para os seus pais e auferindo a remuneração mensal líquida de € 480;
7. Vive com os seus pais, em casa destes, não contribuindo com qualquer quantia para o sustento do lar;
8. Tem como habilitações literárias o 12º ano de escolaridade;
9. Do seu certificado de registo criminal não consta qualquer averbamento.

Inexistem **factos não provados**.

*

II - B) Motivação

II - B - 1) Motivação Fáctica

O Tribunal fundou a sua convicção para dar como provados os factos supra referidos nas declarações do arguido, que confessou de forma livre, integral e sem reservas os factos que lhe eram imputados.

Quanto à TAS concreta, foi tomado em consideração o talão de fls. 12.

No que tange aos factos atinentes ao preenchimento do elemento subjectivo (dolo directo), a prova dos mesmos advém da análise do conjunto das circunstâncias exteriores que motivaram o comportamento do arguido, maxime a vontade por si demonstrada, confessada e realizada em conduzir o veículo em questão, sabendo que tinha ingerido bebidas alcoólicas. Aliás, com a TAS por si

apresentada (2,03 g/l), o arguido não podia desconhecer o estado em que se encontrava, pois como refere GISBERT CALABUIG, «valores acima de 2 g. de álcool por 1000 ml. de sangue permitem afirmar a realidade da embriaguez na ausência de qualquer outro dado clínico» (in Medicina Legal Y Toxicologia, Edições Salvat, Barcelona, p. 663) [com efeito, o elemento subjectivo é um elemento interno, «para cuja determinação restará ao juiz considerar as circunstâncias exteriores que de qualquer modo possam ser expressão da relação psicológica do agente com o facto, inferindo unicamente de tais circunstâncias a existência dos elementos representativos e volitivos, na base das comuns regras da experiência (artigo 127º do CPP)» (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13 de Junho de 2006 – Proc. 963/05-1, in www.dgsi.pt)].

Quanto à situação pessoal do arguido, o tribunal atendeu às declarações que este prestou, que se afiguraram credíveis, tanto mais que não têm correlação directa com o assacar da sua eventual responsabilidade criminal.

No que concerne à ausência de antecedentes criminais do arguido, tomou-se em consideração o teor do CRC de fls. 45.

*

II - B - 2) Motivação de Direito

Matéria Criminal

Crime de condução de veículo em estado de embriaguez

Dispõe o art. 292º, nº 1, do Cód. Penal que «quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma

taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal».

Desta forma, para que se verifique o crime de condução de veículo em estado de embriaguez é necessário, do ponto de vista do elemento objectivo, que se verifiquem os seguintes requisitos:

- Que o agente do crime conduza um veículo, seja este com ou sem motor;
- Que tal condução se verifique em via pública ou equiparada;
- Que no momento da condução o agente apresente uma TAS igual ou superior a 1,2 g/l.

Face à matéria provada, torna-se indubitável que se encontram preenchidos todos os elementos objectivos do crime em apreço. Com efeito, no momento anterior ao da sua sujeição ao teste de alcoolémia, o arguido conduzia o veículo automóvel ligeiro de mercadorias com a matrícula “86-45-ZT” pela Rua 5 de Outubro, em Coruche a qual constitui uma via pública (cfr. art. 1º, alínea v), do Cód. da Estrada), apresentando uma taxa de alcoolémia de **2,03 g/l**.

Sobre a matéria respeitante à TAS a considerar, há que tomar em consideração o ofício da DGV nº 14811, de 11 de Julho de 2006, de acordo com o qual a uma TAS apurada no alcoolímetro de 2,39 g/l corresponderá, através da aplicação da margem de erro legalmente admissível (margem de erro de 0,359 g/l), uma TAS corrigida de **2,03 g/l**.

É certo que tal erro tanto pode registar-se para “cima” como para “baixo” do valor registado. Contudo, o valor inferior é aquele que mais beneficia o arguido, razão pela qual, apelando aos princípios basilares que norteiam o nosso ordenamento constitucional-penal (e naturalmente aos princípios constantes da lei adjectiva penal), deverá ser esse o valor atendido.

Do ponto de vista do elemento subjectivo, o arguido agiu com dolo directo, já que conduzia o veículo tendo noção que anteriormente havia ingerido bebidas alcoólicas que lhe determinavam uma TAS superior a 1,2 g/l.

Quanto à forma do crime, o mesmo foi empreendido sob a forma consumada (cfr. artigo 23º do Código Penal a contrario sensu) e em autoria material (artigo 26º do mesmo diploma).

Pelo exposto, o arguido constituiu-se autor material de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez, p. e p. pelo art. 292º, nº 1, do Cód. Penal. Resta determinar a pena a aplicar-lhe.

Penalidade a aplicar

Pena principal

(...)

Revertendo ao caso concreto, verifica-se que o arguido não regista antecedentes criminais e encontra-se social e familiarmente integrado. Impõe-se assim a aplicação de uma pena de multa, pela qual se opta.

(...)

Deste modo, no comportamento do arguido A., há que tomar em consideração as seguintes circunstâncias:

- A ilicitude, que, atendendo à TAS apresentada (2,03 g/l), é elevada;
- O dolo, que é directo, logo intenso;
- A sua boa integração familiar e social;
- O seu nível cultural e escolar médio;
- O facto de não registar antecedentes criminais, o que milita a seu favor.

Tendo em atenção estes factores, decido fixar em **75 (setenta e cinco)** os dias de multa.

Quanto ao quantitativo diário da pena de multa, (...)

Tudo ponderado, será o arguido condenado na pena de 75 dias de multa, à razão diária de € 5, o que perfaz o montante global de € 375.

*

Pena acessória

O art. 69º, nº 1, alínea a), do Cód. Penal, dispõe que quem for punido pelo crime previsto no art. 292º do Cód. Penal é condenado na proibição de conduzir veículos com motor por um período fixado entre três meses e três anos.

(...)

Quanto às circunstâncias de prevenção geral, estas relacionam-se quase em exclusivo com a elevada sinistralidade rodoviária existente em Portugal. Tal realidade é sobejamente conhecida, quer porque é assinalada em inúmeras decisões judiciais, quer porque a própria comunicação social a divulga ampla e diariamente.

No que diz respeito às considerações relacionadas com a perigosidade do agente, há que assinalar que a TAS por si apresentada (2,03 g/l) se afasta bastante do mínimo legal. Logo, o período de proibição de conduzir terá também de se afastar do mínimo legal.

Desta forma, tudo sopesado, entendo fixar o período da proibição de conduzir veículos com motor em **6 (seis) meses**.

(...) »

Cumpra apreciar e decidir.

II. Fundamentação

1. - Delimitação do objecto do recurso.

É pacífica a jurisprudência do S.T.J. no sentido de que o âmbito do recurso se define pelas conclusões que o recorrente extrai da respectiva motivação, sem prejuízo, contudo, do conhecimento das questões oficiosas (artº 410º nº 2 e 3 do C.P.Penal).

Ora, as questões suscitadas pelo recorrente no presente recurso são as seguintes:

A) Deve ou não o julgador fazer descontos de margens de erro sobre o valor constante dos talões emitidos pelos aparelhos alcoolímetros aprovados e ensaiados pelo I.P.Q.?

B) A considerar-se que a taxa de alcoolémia apresentada pelo arguido era de 2,39 g/l, e não 2,03 g/l como considerou a decisão recorrida, deverá ser alterada a dosimetria da pena de multa, bem como da pena acessória em que o arguido foi condenado?

3. Analisando

Conforme resulta do talão junto aos autos a fls. 12, ao ser submetido ao exame quantitativo de pesquisa de álcool no sangue através do aparelho de marca Drager, modelo 7110MKIII P, com o nº de série ARTL 0081, o arguido acusou uma taxa de 2,39 g/l.

Contudo, na decisão recorrida deu-se como provado que a essa taxa, deduzido o valor de erro máximo admissível, correspondia a TAS de 2,03 g/l.

Na fundamentação de tal facto, refere o Srº Juíz a quo que “Quanto à TAS concreta, foi tomado em consideração o talão junto aos autos a fls. 12.”

Na motivação de direito diz o Srº Juíz a quo que:

“Face à matéria provada, torna-se indubitável que se encontram preenchidos todos os elementos objectivos do crime em apreço. Com efeito, no momento anterior ao da sua sujeição ao teste de alcoolémia, o arguido conduzia o veículo automóvel ligeiro de mercadorias com a matrícula “86-45-ZT” pela Rua 5 de Outubro, em Coruche a qual constitui uma via pública (cfr. art. 1º, alínea v), do

Cód. da Estrada), apresentando uma taxa de alcoolémia de **2,03 g/l**.

Sobre a matéria respeitante à TAS a considerar, há que tomar em consideração o ofício da DGV nº 14811, de 11 de Julho de 2006, de acordo com o qual a uma TAS apurada no alcoolímetro de 2,39 g/l corresponderá, através da aplicação da margem de erro legalmente admissível (margem de erro de 0,359 g/l), uma TAS corrigida de **2,03 g/l**.

É certo que tal erro tanto pode registar-se para “cima” como para “baixo” do valor registado. Contudo, o valor inferior é aquele que mais beneficia o arguido, razão pela qual, apelando aos princípios basilares que norteiam o nosso ordenamento constitucional-penal (e naturalmente aos princípios constantes da lei adjectiva penal), deverá ser esse o valor atendido.”

Ora, como decidiu esta mesma Relação no acórdão de 22/5/2007 (Proc. 441/07-1, disponível em www.dgsi.pt), em que foi relator o Exm^o Desembargador Adjunto Dr^o Berguete Coelho, a aplicação das margens de erro fixadas pela Portaria nº 748/94 de 13 de Agosto “reporta-se à aprovação do modelo e às verificações dos alcoolímetros, da competência do Instituto Português da Qualidade, sem que se encontre fundamento para que o julgador, oficiosamente e sem elementos de prova que o sustentem, proceda a correcções da taxa de álcool no sangue apurada pelos alcoolímetros, adequadamente aprovados e verificados.”

Resulta do auto de notícia que o aparelho utilizado para medição da taxa de álcool apresentada pelo arguido foi aprovado pelo Despacho nº 001/DGV/ALC98, sendo certo que tal aprovação não foi colocada em dúvida nem pelo arguido, nem pelo Sr^o Juíz a quo.

Assim sendo, tendo sido utilizado na medição da taxa de alcoolemia apresentada pelo arguido um aparelho devidamente aprovado, não compete ao julgador fazer qualquer ajustamento do resultado obtido no teste, a que se reporta o talão de fls. 12 dos autos.

Padece, pois, a decisão recorrida do vício de erro notório na apreciação da

prova, nos termos previstos na al. c) do nº 2 artº 410º do C.P.Penal, ao ter-se dado como provado, que à TAS de 2,39 g/l correspondia a TAS de 2,03 g/l.

Ocorrendo qualquer dos vícios referidos no nº 2 do artº 410º do C.P.Penal pode esta Relação modificar a decisão da 1ª instância sobre a matéria de facto, tendo em vista o suprimento de tais vícios, ainda que o recurso seja restrito a matéria de direito, como acontece no presente caso, em que não houve lugar à documentação dos actos da audiência, por as partes dela terem prescindido.

O suprimento de tal vício não implica, no caso dos autos, decisão de reenvio do processo para novo julgamento, quanto ao ponto de facto em questão, em virtude de o processo conter, o elemento de prova documental (talão de fls. 12), que serviu de base à sentença (cfr. arts. 426.º nº 1 e 431.º, al. a) do CPP).

Há, pois, que alterar o ponto **2** da matéria de facto dada como provada na decisão recorrida, passando a dele constar unicamente que o arguido apresentou “uma taxa de álcool no sangue (TAS) de 2,39 g/l”.

Vejam, agora, se face à alteração da matéria de facto dada como provada será, ou não, de manter a dosimetria da pena de multa e da pena acessória em que o arguido foi condenado.

Culpa e prevenção são as referências norteadoras da determinação da medida da pena (quer ela seja pena principal ou acessória) - artº 71º nº 1 do Cód. Penal - a qual visa a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade - artº 40º nº 1 do mesmo diploma legal.

A este propósito, refere o Prof. Figueiredo Dias “in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 3, 2º a 4º, Abril-Dezembro de 1993, pág. 186 e 187” que, o modelo de determinação da medida da pena consagrado no CP vigente «comete à culpa a função (única, mas nem por isso menos decisiva) de determinar o limite máximo e inultrapassável da pena; à prevenção geral (de integração) a função de fornecer uma «moldura de prevenção», cujo limite máximo é dado pela medida óptima de tutela dos bens jurídicos - dentro do que é consentido pela culpa - e cujo limite mínimo é fornecido pelas exigências

irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico; e à prevenção especial a função de encontrar o quantum exacto de pena, dentro da referida «moldura de prevenção», que melhor sirva as exigências de socialização (ou, em casos particulares, de advertência ou de segurança) do delincente».

Há, ainda, que considerar as circunstâncias referidas no nº 2 do artº 71º do Cód. Penal para a fixação concreta da medida da pena.

O crime de condução de veículo em estado de embriaguez, previsto no artº 292º do C. Penal, é punível, abstractamente, com pena de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias.

A sanção acessória de proibição de conduzir veículos com motor, prevista no artº 69º do C. Penal, para quem praticar o referido crime, é de 3 meses a 3 anos.

Na decisão recorrida fixou-se em 75 dias a pena de multa e a sanção acessória de proibição de conduzir veículos com motor pelo período de 6 meses.

Pretende o recorrente que a pena de multa e a proibição de conduzir sejam agravadas.

Cremos, no entanto, que a pretensão do recorrente, nessa parte, deve improceder.

O Tribunal recorrido optou (e bem quanto a nós, na medida em que não se justificava no presente caso a condenação numa pena privativa da liberdade) pela imposição ao arguido de uma pena de multa.

Ora, pese embora a taxa de álcool apresentada pelo arguido seja elevada, o mesmo não tem antecedentes criminais e confessou integralmente e sem reservas os factos de que vinha acusado, circunstâncias estas que depõem a seu favor, pelo que, julga-se adequada a pena de multa fixada pela 1ª instância.

No que respeita à sanção acessória, tendo presente, conforme referimos supra, que os factores determinantes da medida concreta são, essencialmente, os mesmos da pena principal, entendemos que se mostra ajustado, ao caso concreto, o período de proibição de conduzir fixado na decisão recorrida – 6

meses – pelo que, também nessa parte nada há a alterar ao decidido.

III. Decisão

Pelo exposto, acordam os Juízes desta Secção Criminal da Relação de Évora, em conceder parcial provimento ao recurso interposto pelo **Ministério Público**, revogando-se a decisão recorrida no que respeita ao ponto **2** dos factos provados, passando a dele constar unicamente que o arguido apresentou “uma taxa de álcool no sangue (TAS) de 2,39 g/l”.

No mais, negam provimento ao recurso, confirmando-se a decisão recorrida.

Sem custas.

Honorários a favor do ilustre defensor officioso interveniente em audiência de julgamento, de harmonia com a tabela em vigor.

Évora, 01 de Julho de 2008

(Processado e revisto pela relatora, a primeira signatária)Guilhermina de Freitas

Berguete Coelho

António João Latas

Voto de vencido

Rec. nº 2699-07

Voto vencido pelas seguintes razões, que integravam a “Fundamentação” do projecto de acórdão de que inicialmente era relator:

II. Fundamentação

(...)

A questão a decidir é a de saber se para efeitos do preenchimento do tipo penal de condução de veículo em estado de embriaguez previsto no art. 292º do C.

Penal, a taxa de álcool no sangue aí indicada coincide necessariamente com o valor indicado no talão de aparelho legalmente aprovado para pesquisa e quantificação de álcool no ar expirado (alcoólímetro quantitativo) ou se corresponde, antes, àquele valor deduzido do valor dos erros máximos admissíveis (EMA), como se entendeu na sentença recorrida.

A questão não é nova e sobre ela se formaram duas correntes jurisprudenciais, quer nos tribunais de 1ª instância quer nos tribunais da Relação.

2. - Vejamos.

Apesar de à data dos factos em causa nos autos (15 de Agosto de 2006) não estar ainda em vigor a Lei 18/2007 de 17 de Maio que aprovou o Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, nem a Portaria n.º 1556/2007 de 10 de Dezembro que aprovou o novo Regulamento a que deve obedecer o controlo metrológico do alcoólímetros, referir-nos-emos às normas neles contidas. Não só porque o regime que deles resulta é idêntico ao previsto na vigência do Decreto Regulamentar nº 24/98 de 30 de Outubro e Portaria nº 748/94 de 13 de Agosto que em matéria de EMA remetia para a norma francesa NFX20-701, pelo que sempre disposições eventualmente mais favoráveis dos novos textos legislativos serão aplicáveis retroactivamente, por força do disposto nos arts 29º nº4 da CRP e 2º nº4 do C.Penal, sem prejuízo da ponderação concreta que vier a revelar-se pertinente.

Dispensando-nos de descrever mais detalhadamente a evolução normativa em matéria de procedimento para a fiscalização da condução sob influência do álcool e de controlo metrológico de alcoólímetros, começáremos por tecer algumas considerações sobre o tipo penal de condução de veículo em estado de embriaguez, com relevância para o que nos parece ser a perspectiva correcta sobre o problema jurídico- penal que nos ocupa.

2.1. - Considerações sumárias sobre o crime de condução em estado de embriaguez p. e p. pelo art. 292º do Penal.

O art. 292º do C. Penal define a condução em estado de embriaguez como a condução de veículo, com ou sem motor, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l.

A lei penal exige, pois, a comprovação de uma taxa de alcoolemia precisa, afastando-se da opção por conceitos mais ou menos indeterminados, de tipo valorativo, na descrição do tipo objectivo e, conseqüentemente, da prova respectiva a partir de indícios reveladores de um determinado estado a verificar em concreto.

O legislador penal optou por estabelecer que a partir da taxa de alcoolemia fixada na lei, considera-se verificada a embriaguez, enquanto elemento objectivo do tipo - sem possibilidade de prova em contrário - com base em conhecimentos científicos que justificam a conclusão de que pelo menos a partir daquela taxa a afectação das faculdades psicomotoras necessárias à condução é um dado de facto.

Evitam-se assim problemas de determinabilidade do tipo objectivo, fazendo depender a punibilidade da conduta da determinação precisa, exacta, da taxa de álcool no sangue indicada no tipo legal, **[1]** (1,20 gramas de álcool por litro de sangue) que não é um valor ou proporção aleatória, antes assenta em considerações de ordem científica que estabelecem uma relação de causa-efeito entre a presença daquela quantidade de álcool no sangue (e não outra) e uma maior intensidade dos efeitos negativos na condução que lhe estão associados.

Estamos, porém, face a opções que relevam da dogmática penal e da política criminal, tal como as que respeitam à relação entre a opção por um crime de perigo abstracto e a fuga à indeterminação do tipo objectivo ou ao porquê da opção pela contiguidade da contraordenação e do crime, separados por valores quantitativos quase irrisórios.

b) De natureza diversa, embora directamente ligadas àquelas opções, são as questões de ordem técnica e processual penal suscitadas pela determinação da

taxa prevista no tipo penal, que nos remetem directamente para a questão de prova que aqui nos ocupa.

Na verdade, a determinação prática, concreta, da taxa de álcool legalmente prevista exige “o recurso a meios técnicos e científicos mais ou menos sofisticados. (...) meios estes que não são quaisquer uns, mas apenas aqueles cuja fiabilidade seja reconhecida pelo Estado”.

Estabelece, pois, o nº 2 do art. 1º do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas aprovado pela Lei 18/2007 de 17 de Maio, (doravante Regulamento de Fiscalização) que a determinação quantitativa da TAS pode fazer-se por meio de (1) teste no ar expirado, efectuado em analisador quantitativo, ou por meio de (2) análise de sangue, que apenas tem lugar nos casos de impossibilidade de realização do teste em analisador quantitativo - nº3 do mesmo art. 1º - ou em caso de contraprova requerida pelo condutor - art. 153º nº3 do C. Estrada actualmente em vigor.

À data dos factos em causa nos presentes autos, o Decreto regulamentar 24/98 de 30 de Outubro regulava nos mesmos termos a quantificação da taxa de álcool.

Ambos os métodos de quantificação da taxa de álcool são objecto de regulamentação detalhada. **O exame toxicológico de sangue para quantificação** da taxa de álcool é sempre efectuado pelo Instituto Nacional de Medicina Legal, aplicando-se-lhe as regras as demais regras a que se referem os arts 5º e 6º do Regulamento de Fiscalização ora citado e os arts 3º a 10º da Portaria 902-B/2007 de 13 de Agosto, que regulam a recolha e transporte das amostras biológicas destinadas a determinar no sangue a taxa de álcool.

Na quantificação da TAS por **meio de teste no ar expirado**, só podem ser utilizados analisadores que obedeçam às características fixadas em regulamentação e cuja utilização seja aprovada por autoridade administrativa habilitada para o efeito (actualmente a Autoridade Nacional de Segurança

Rodoviária, que sucedeu à DGV), depois de homologados os respectivos modelos por entidade diversa (actualmente o Instituto Português de Qualidade-IPQ) – cfr art. 14º do citado Regulamento de Fiscalização.

Nos termos do nº1 da citada Portaria 902-B/2007 de 13 de Agosto, que regulamenta igualmente o tipo de material a utilizar na determinação da presença do álcool no ar expirado, os analisadores quantitativos por meio de teste no ar expirado, devem cumprir os requisitos metrológicos e técnicos definidos na Regulamento do Controlo Metrológico dos Alcoolímetros (aprovado pela Portaria 1556/2007 de 10 de Dezembro) e apresentar as características indicadas naquele mesmo art. 1º.

c) Estamos, pois, perante um caso de prova legal ou vinculada, na medida em que a determinação e prova da taxa de álcool no sangue apenas pode fazer-se pelos métodos e com recurso aos meios aprovados pelos organismos estatais competentes, mas também com o sentido de que os resultados se impõem aos particulares e ao tribunal, desde que obtidos com respeito pelas normas que regulam as características técnicas dos aparelhos e o procedimento para aquisição e leitura da prova. Nem a confissão do arguido, nem a prova testemunhal, nem sequer eventuais meios técnicos de que por sua conta o arguido ou outrem se tivesse socorrido, podem suprir a falta daqueles meios de prova ou infirmar o seu resultado. **[2]**

Tal não significa, porém, (como referem os autores ora citados em nota), “...que o juiz perca o poder de escrutinar a aquisição dessa “verdade” processual. Nomeadamente não pode deixar de exercer uma função de controlo da regularidade de todos os procedimentos e formalidades exigidos naquele bloco normativo [correspondente aos actuais Regulamento e Portarias, supracitados em texto].(...) Em qualquer dos casos assume a maior das importâncias o controlo do rigor de procedimentos técnicos em si mesmo considerados (entre outros aspectos, natureza e modelos dos aparelhos empregues e sua regular calibragem e técnicas analíticas utilizadas). (..) o reverso da vinculação da

prova vem precisamente a ser a exigência de uma minuciosa regularidade da sua produção, significando isto que a detecção de um qualquer vício - não importa a qual dos supra referidos níveis - está longe de ser uma questão formal menor, antes implicando nos mais dos casos, segundo nos parece, a impossibilidade de valorar o resultado obtido..." - cfr est. e loc. citado.

Em casos como o dos presentes autos, porém, não está em causa qualquer vício ou irregularidade que afecte em particular o aparelho utilizado no teste no ar expirado ou o procedimento seguido pelas autoridades de fiscalização do trânsito no caso concreto, mas a fiabilidade, rectius, os termos em que pode ser julgado fiável o resultado obtido com todos os alcoolímetros quantitativos regularmente aprovados e verificados, face aos princípios e regras que enformam o nosso processo penal.

O que se discute é, antes, a relevância - em geral - dos erros máximos admitidos (EMA), actualmente indicados na Portaria 1556/2007 e, antes na norma francesa NFX..por remisso da portaria ----, na determinação da taxa de álcool no sangue feita por meio de alcoolímetro quantitativo regularmente aprovado e verificado.

Do ponto de vista técnico, metrológico, " Os EMA são limites definidos convencionalmente em função não só das características dos instrumentos, como da finalidade para que são usados, ou seja, **tais valores limite, para mais e para menos, não representam valores reais de erro, numa qualquer medição concreta**, mas um intervalo dentro do qual, com toda a certeza (uma vez respeitados os procedimentos de medição) o valor da indicação se encontra." [3]

Na perspectiva dos técnicos ora citados em nota (cfr est. loc.cit) " A definição, através da Portaria 1556/2007, de determinados EMA, ..visa definir barreiras limite dentro dos quais as indicações dos instrumentos de medição, obtidas nas condições estipuladas de funcionamento, são correctas. Ou seja, **um alcoolímetro de modelo aprovado e com verificação válida, utilizado**

nas condições normais, fornece indicações válidas e fiáveis para os fins legais.(...) A operação de adição ou subtracção dos EMA aos valores das indicações dos alcoolímetros sujeitos a controlo metrológico é totalmente desprovida de justificação metrológica, sendo o valor da indicação do aparelho em cada operação de medição, o mais correcto.

O eventual erro da indicação, nessa operação, nesse momento, com o operador que a tiver verificado, nas circunstâncias de ambiente locais, quaisquer que tenham sido outros factores de influência externos ou contaminantes do ar expirado, seja ele positivo ou negativo, está com toda a probabilidade contido nos limites do EMA.”(negrito nosso)

Estes trechos são, na nossa perspectiva, suficientemente elucidativos. Por um lado, importa ter bem presente - como certamente diz a senhora juíza do T.J. de Celorico da Beira, em trecho transcrito no Ac Rc de 09.04.2008 (relator Brízida Martins), acessível em www.dgsi.pt - que “Existe uma ligação directa entre o tipo legal de crime e os aparelhos de medição que permitem determinar um dos elementos do tipo. No entanto, tal ligação não vai ao ponto de se concluir no sentido de que a taxa de álcool exigida pelo tipo legal é a taxa determinada pelos aparelhos de medição. Com efeito, o tipo refere apenas uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l e essa taxa é a taxa real, atenta a inexistência de qualquer indicação em contrário no próprio tipo. “

Isto é, o legislador penal no caso em apreço (contrariamente ao que sucede em certas normas penais em branco), não remete na descrição típica para a taxa indicada pelos alcoolímetros quantitativos, para a taxa impressa nos talões dos alcoolímetros quantitativos (ou expressão equivalente), antes concebe a taxa de álcool no sangue na proporção de 120 mg de álcool por cada litro de sangue, como uma taxa real, independente dos meios de prova legalmente previstos para a sua determinação.

Poderia argumentar-se que se tratava mero preciosismo formal, na medida em que só por meio dos alcoolímetros quantitativos pudesse determinar-se a taxa

típica, mas, como sabemos, tal premissa não seria sequer verdadeira, pois a análise de sangue é igualmente meio adequado para determinar quantitativamente aquela taxa, tanto nos casos em que é requerida como contraprova, quer nas hipóteses de impossibilidade de realização do teste no ar expirado. Ocioso será enfatizar que ambos os meios podem dar resultados diferentes e que a lei implicitamente considera mais precisa a análise de sangue.

Em todo o caso, não pode reconduzir-se a taxa real típica à taxa indicada no talão do alcoolímetro quantitativo, ainda que esta, do ponto de vista regulamentar e técnico, pretenda indicar-nos a taxa real. E nada obstará - no respeito dos tribunais pelo estado dos conhecimentos técnicos e científicos válidos em cada momento - à consideração, sem mais, do valor indicado no talão respectivo para efeitos do preenchimento do tipo de condução em estado de embriaguez p. e p. pelo art. 292º do C.Penal, se não fosse o caso de o actual Regulamento do controlo metrológico dos alcoolímetros aprovado pela Portaria 1556/2007 - tal como anteriormente a norma francesa NF X 20-701, prever expressamente os erros máximos admissíveis (EMA), cujos valores - variáveis em função do teor de álcool no ar expirado - vêm agora indicados em anexo àquela portaria, substituindo os valores da citada norma francesa NF X para a qual remetia a Portaria 748/94 de 3 de Outubro, agora revogada expressamente pelo art. 2º da citada Portaria 1556/2007.

Isto é, do ponto de vista técnico parece não fazer sentido que se aditem ou deduzam quaisquer margens ao valor indicado, porque este será o valor metrologicamente correcto, assim como faz sentido a afirmação de que aquelas margens **não representam valores reais de erro, numa qualquer medição concreta**. Mas que significam, então, os erros máximos admissíveis? Da Portaria 1556/2007, tal como da OILM R 126 onde são fixados os EMA considerados, não resulta outra coisa que não seja o valor semântico da locução e o que o senso comum permite concluir a partir daqueles textos normativos.

. Isto é, se os alcoolímetros quantitativos podem ser aprovados (e posteriormente confirmados) mesmo que existam diferenças entre os valores obtidos nos testes efectuados e os valores padrão, quaisquer que eles sejam, isto significa que em medições concretas podem verificar-se essas mesmas diferenças (para mais ou para menos) sem que seja possível sabê-lo em concreto, pois a desconformidade que a contraprova permite detectar é entre o valor obtido no teste inicial e o valor de contraprova, quer esta seja feita por meio idêntico (análise no ar expirado), quer por análise de sangue.

Ora, se esta constatação não abala a fiabilidade do instrumento do ponto de vista técnico-metrológico (podendo até, eventualmente, aplicar-se sem necessidade de ajustes a outros ramos do direito), já do ponto de vista penal a incerteza que afecta toda e qualquer medição efectuada com os alcoolímetros em causa coloca problemas ao nível da determinação e prova da taxa real verificada. Incerteza que resulta das margens de erro toleradas, que, se verificadas em desfavor do arguido, poderiam levar à sua condenação por crime (ou mesmo contra-ordenação) sem que a taxa real atingisse o limiar do crime ou da contraordenação ou, em todo o caso, sem que atingisse expressão tão grave, com efeitos ao nível da determinação da sanção.

É que não estamos perante mera dúvida, mais ou menos metódica, sustentada apenas na possibilidade, que sempre existe, de ocorrer um erro não detectado, mas antes em **incerteza afirmada e balizada** por normas do próprio Regulamento do Controlo Metrológico dos Alcoolímetros, que o tribunal não pode nem deve ignorar, independentemente de o legislador mandar atender explicitamente àqueles EMA na determinação da taxa real de alcoolémia prevista no tipo penal (art. 292º C.Penal) ou contraordenacional.

Assim sendo, apesar de desconhecermos em cada medição se em concreto ocorreu qualquer discrepância entre a taxa indicada pelo alcoolímetro e a taxa real (que coincidirá – pelo menos em termos ideais – com a taxa padrão em relação à qual se verificam os EMA) e ainda menos se ocorreu um desvio para

mais ou para menos, são os princípios da culpa e da presunção de inocência que impedem a condenação do arguido com base em taxa de álcool indicada que pode ser superior à taxa real de álcool presente no sangue. Possibilidade esta que, como referido, resulta da consideração de erros máximos admissíveis no processo de aprovação e verificação dos alcoolímetros quantitativos, maxime no art. 8º da Portaria 1556/2007, com base na Recomendação 126 da Organização Internacional de Metrologia Legal (OIML R 126).

Erros máximos admissíveis que obstam a que possa aceitar-se, para além de toda a dúvida razoável - enquanto parâmetro positivo de decisão - a taxa indicada no talão do alcoolímetro quantitativo **[4]** , embora não obstem a que se considere o valor resultante da dedução do EMA aplicável, por ser este o valor que pode aceitar-se como certo e preciso do ponto de vista jurídico-penal, visto que em face dos dados técnicos e normativos disponíveis e tidos como válidos, não é admissível duvidar de forma sustentada e razoável que o arguido conduziu, pelo menos, com a taxa de álcool no sangue indicada no alcoolímetro quantitativo depois de deduzido o EMA aplicável no caso.

Esta a solução que em nosso entender é conforme com os princípios e regras do nosso processo penal, interpretados de modo conforme aos princípios constitucionais da culpa e da presunção de inocência e que, de forma consensual, tem sido seguida para ultrapassar as incertezas suscitadas pelos **velocímetros** actualmente utilizados na fiscalização do trânsito. Não se justificam, pois, em nosso entender, as críticas de que deste modo se procede à correcção infundada de valores com o subjectivismo que daí deriva, nem se aplica critério que não é aceitável e cria insegurança e desequilíbrio de e na ordem jurídica. A correcção funda-se em valores certos e objectivos, sendo aplicável de modo idêntico em todas as situações, pelo que não cria qualquer insegurança ou desequilíbrio, antes pelo contrário. Alguma insegurança para o cidadão poderá advir antes da divergência jurisprudencial, mas esta não pode imputar-se a nenhum dos entendimentos seguidos mas antes às irredutíveis

divergências na interpretação e aplicação do direito, prevendo o código de processo os meios para a sua uniformização.

No caso dos autos o valor indicado no talão emitido pelo alcoolímetro utilizado – cuja validade e bom funcionamento não são postos em causa – foi de 2,39 g/l de TAS, tendo o tribunal a quo descontado o valor de erro máximo admissível, ou seja, 15%, de acordo com a norma NFX20-701 para que remetia a Portaria 748/94 de 13 de Agosto, em vigor à data dos factos. Considerou, pois, o tribunal a quo que o arguido conduzia com a taxa de 2,03g/l no sangue. O EMA actualmente previsto na Portaria 1556/2007 é menos favorável ao arguido, pois no escalão aplicável, isto é, entre 0,920 e 4,600 de TAS **[5]** o EMA é apenas de 5%.

Concluimos, pois, que bem andou o senhor juiz a quo ao deduzir aquele valor, sendo irrelevante para a legalidade da sua decisão que a mesma se inspire, ou não, em ofício da então Direcção-geral de Viação, pois não estará em causa qualquer vinculação ao determinado naquele mesmo ofício, mas antes a vinculação aos princípios e regras de direito probatório vigentes em processo penal.

2. -Uma vez que a impugnação da medida concreta da pena assentava apenas na pretendida alteração da TAS e que esta se manteria, nada se alteraria ao decidido a esse respeito pelo tribunal a quo. Decisão esta que aliás, se mostra conforme com os critérios consagrados no art. 71º do C.Penal, nada havendo a censurar.

(António João Latas)

[1] Mercê de uma maior exigência imposta pelo princípio da legalidade em

matéria penal, o legislador não acompanhou a solução acolhida para a contra-ordenação por condução sob influência do álcool, em que o estado de influenciado pelo álcool pode ser atestado em relatório médico, elaborado na sequência de exame médico, não quantitativo, conforme dispõe o art. 81º nº2 do C.Estrada em vigor.

[2] Assim, com a nossa concordância , Pedro de Albergaria e Pedro Mendes de Lima (juízes de direito), Condução em estado de embriaguez. Aspectos processuais e substantivos do regime vigente in Sub Judice nº 17 (Jan-Março2000) p. 60.

[3] Cfr A ALCOOLEMIA E O CONTROLO METROLÓGICO DOS ALCOOLÍMETROS (28.04.2008) por António Cruz¹, Maria do Céu Ferreira² e Andreia Furtado³

1 Director do Departamento de Metrologia do IPQ

2 Responsável pelo Laboratório de Química-Física do IPQ

3 Técnica Superior do Laboratório de Química-Física do IPQ

- acessível em:

http://www.ipq.pt/backFiles/CONTROLO_ALCOOLEMIA_080402.pdf

[4] Nestes termos o Ac da Relação de Lisboa de 7.05.2008 (relator Carlos Almeida). No mesmo sentido podem ver-se ainda o Ac RG de 26.02.2007 (relator Anselmo Lopes), os Ac RP de 02.04.2008 (relator José Alberto Vaz Carreto) e de 07.05.2008 (relator André da Silva), todos acessíveis em www.dgsi.pt.

Em sentido contrário podem consultar-se, entre outros, o Ac RE de 22.05.2007 (relator Carlos Berguete) , Ac RP de 12.12.2007 (relator António Gama) e Ac RP de 07.05.2008 (relator Abílio Ramalho) para além de outros ali citados.

[5] Resultante da conversão do TAE (teor de álcool no ar expirado) indicadas naquela Portaria, de acordo com o princípio de que 1mg de TAE é equivalente a 2,3 g de TAS (cfr art. art. 81º nº3 do C. Estrada,). Assim ao escalão entre 0,400 e 2,00 TAE indicado na Portaria corresponde o escalão em TAS referido em texto. Pode ver-se a tabela resultante da conversão do TAE para TAS no estudo

de António Cruz e outros citado na nota 3).

Fonte: <http://www.dgsi.pt>